



Universidad Zaragoza

TRABAJO DE FIN DE GRADO

“Ingreso y permanencia de ancianos en residencias: intervención judicial y otros problemas legales”

Autora: Itziar Giner Altabás

Tutor: Sofía de Salas Murillo

CURSO: 2017/2018



SUMARIO

I.	INTRODUCCIÓN.....	4
II.	CUESTIONES PRELIMINARES.....	4
III.	PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO (ARTÍCULO 763 LEC, ANTIGUO ARTÍCULO 211 CC),.....	7
IV.	EL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS DE CARÁCTER CERRADO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (ARTÍCULO 17 CE).	9
	1. ARTÍCULO 211 CC y STC 129/1999.....	10
	2. L.O. 1/1996 y STC 131/2010	14
	3. ARTÍCULO 763 LEC y STC 132/2010.....	16
V.	INTERVENCIÓN JUDICIAL O DE OFICIO, EN EL INGRESO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO EN CENTROS RESIDENCIALES PARA PERSONAS MAYORES (STC 141/2012)	18
VI.	MEDIDAS DE PROTECCIÓN.....	24
	1. DERECHO A LA ASISTENCIA.....	24
	2. DEMENCIA SOBREVENIDA	24
VII.	JURISPRUDENCIA RELEVANTE	26
VIII.	CONCLUSIONES.....	30
IX.	BIBLIOGRAFÍA	34



ABREVIATURAS

- Arts. → Artículos
- CC → Código Civil
- CCAT → Código Civil Catalán
- CCAA → Comunidades Autónomas
- CDPD → Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
- CE → Constitución Española 1978
- CEDH → Convenio Europeo de Derechos Humanos
- FJ → Fundamento Jurídico
- LEC → Ley de Enjuiciamiento Civil
- LGDPD → Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad
- STC → Sentencia Tribunal Constitucional

I. INTRODUCCIÓN

El trabajo se ocupa de una cuestión poco estudiada como es el ingreso de ancianos en residencias, cuestión que, en muchas ocasiones, suele realizarse en contra de la voluntad de la persona internada.

Analizaré, en primer lugar, la normativa utilizada para el ingreso involuntario en España (artículo 763 LEC) y la problemática que conlleva, puesto que el ingreso en un centro residencial de régimen cerrado afecta al derecho fundamental a la libertad personal (art 17 CE).

En segundo lugar, analizaré el modo de actuación de los jueces y fiscales, teniendo en cuenta los requisitos establecidos por la jurisprudencia para que el internamiento sea lícito, así como las medidas de protección que deben adoptarse.

Por último, haré un repaso de la jurisprudencia reciente en esta materia y expondré mis conclusiones.

El motivo de la elección de este trabajo ha sido fundamentalmente vocacional (quiero preparar las oposiciones a las Carreras Judicial y Fiscal), pero también porque se trata de un tema muy actual al que no se está dando la importancia que requiere, máxime si tenemos en cuenta que tanto las condiciones como la esperanza de vida de las personas mayores se están incrementando notablemente y la problemática que ello genera se incrementará en la misma proporción.

II. CUESTIONES PRELIMINARES.

La Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, Ley 39/2006), destaca que, en España, más del 32% de las personas mayores de 65 años presentan algún tipo de discapacidad. Es evidente que “los problemas de salud mental no son un resultado inevitable del envejecimiento”, pero éste “hace prever

un aumento importante del número de personas de edad que padecen enfermedades mentales”¹.

El porcentaje de personas mayores de 65 años se ha incrementado en las últimas décadas. Según los datos del Padrón Continuo (INE) a 1 de enero de 2016 hay 8.657.705 personas mayores (65 y más años), un 18,4% sobre el total de la población. A este fenómeno hay que añadir otro denominado “envejecimiento del envejecimiento” que consiste en el aumento progresivo del grupo de edad superior a 80 años, que ahora representan el 6% de toda la población. Según la proyección del INE, en 2066 habrá más de 14 millones de personas mayores².

Al envejecimiento de la población, hay que añadir el aumento de enfermedades debido a la vejez. Entre las enfermedades crónicas³ más frecuentes en las personas mayores institucionalizadas destaca la demencia. De acuerdo con el estudio de ROBLES et al (2012, pp. 97-99), su presencia en los centros residenciales españoles se estima en un 61,74% de los usuarios, siendo muy común la presencia de síntomas neuropsiquiátricos (más del 84% de los pacientes diagnosticados de demencia e ingresados en centros residenciales presentan al menos un síntoma clínicamente significativo), entre los que destacan por su frecuencia la apatía, la agitación o el delirio, siendo la presencia de estos síntomas y la carga que generan en el cuidador decisivos a la hora de determinar el ingreso en un centro asistido⁴.

La evolución de la sociedad y los cambios en el modelo de cuidados de mayores han obligado a introducir numerosas iniciativas legislativas destinadas a dotar a la sociedad de medios destinados a cubrir las múltiples carencias de diversa índole que estas diferentes situaciones requieren.

Ningún problema existe cuando una persona con plenas facultades mentales ingresa libre y voluntariamente en una residencia de mayores si cuenta con suficiente capacidad

¹ Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, de 6 de julio de 2017, “Sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores”.

² ABELLÁN GARCIA, A.; AYALA GARCIA, A.; PUYOL RODRÍGUEZ, R. (2017). “Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos”. Madrid, Informes Envejecimiento en red nº 15, 48 p. <<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos17.pdf>> pg. 3

³ De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, se consideran enfermedades crónicas las enfermedades de larga duración y por lo general de progresión lenta. Se trata de un grupo heterogéneo de enfermedades que incluye, entre otras, el cáncer, las enfermedades cardiovasculares, las enfermedades respiratorias crónicas y la diabetes.

⁴ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas mayores en centros residenciales”, en *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, enero de 2018 pp. 7-8

para adoptar tal decisión y puede evaluar las diferentes opciones que se le presentan. El conflicto surge en aquellos casos en los que la voluntad de la persona que ha de otorgar el consentimiento está viciada, bien porque es compelida de alguna forma a la aceptación de la medida o porque carece de capacidad suficiente para poder adoptar una decisión válida a consecuencia de su edad o de algún trastorno psíquico significativo (demencia senil, alzhéimer...).

Dado que la decisión de ingresar a una persona en un centro residencial puede afectar a su libertad (derecho fundamental del artículo 17 CE), su adopción solo puede llevarse a cabo por el afectado o, en su defecto, por el juez⁵.

En el Derecho español, no existe una regulación del supuesto, cada vez más frecuente, del internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos, sin duda, porque tradicionalmente se ha considerado el cuidado de los mayores una labor esencialmente familiar. Sin embargo, la prolongación de la vida de las personas, el aumento de enfermedades que afectan a sus capacidades cognitivas y volitivas (un ejemplo paradigmático lo constituye el Alzheimer), así como la ruptura de la fortaleza de los lazos familiares en un contexto social de incorporación de la mujer al trabajo, obliga a plantearse muy seriamente la necesidad de establecer normas a este respecto.

Entre tanto, el problema que ha de dilucidarse es si, en ausencia de una normativa específica sobre la materia, ha de aplicarse el único precepto existente sobre internamientos involuntarios en nuestro Derecho, esto es, el artículo 763 LEC. Precepto, que, además de ser excesivamente parco, plantea problemas de constitucionalidad, dado su carácter de ley ordinaria (no orgánica)⁶.

Vamos a ver el procedimiento de internamiento que establece este artículo 763 LEC realizando un análisis pormenorizado del mismo, así como su evolución hasta nuestros días.

⁵ GERMÁN, M^a J. - “El proceso de ingreso “no voluntario” en residencias de mayores”, en *Aequalitas* 2016 (nº 38), p. 36

⁶ DE VERDA Y BEAMONTE, JR. - “El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho Español” en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, Nº. 4, 2016, p. 1.

III. PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO (ARTÍCULO 763 LEC, ANTIGUO ARTÍCULO 211 CC)

El internamiento involuntario en un centro se encuentra recogido en nuestra legislación en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el cual establece:

“Artículo 763 Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico:

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.
3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal **oír a la persona afectada** por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento

podrá disponer de **representación y defensa** en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”⁷.

Esta norma aplicable desde su introducción en la LEC en el año 2000, a los internamientos civiles, ha sido objeto de numerosas interpretaciones. Los avances médicos, el desarrollo social y la práctica diaria hacen ver la insuficiencia de un precepto que a veces crea problemas en vez de solucionarlos. El procedimiento regulado en el artículo 763 es un procedimiento especial, que intentó dar un paso más en la situación mencionada, pero como siempre, la realidad diaria plantea situaciones muy diversas y el abanico de posibilidades es muy amplio, provocando confusión en el modo de actuar a muchos centros residenciales.

Ha habido variedad de criterios en temas tan importantes como la legitimación para solicitar el internamiento: algunos Juzgados solo aceptaban la legitimación del artículo 757 LEC (familiares); otros, para las situaciones de urgencia, dan una legitimación totalmente amplia. Con respecto a los órganos que han de hacer el seguimiento para el

⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, artículo 763 (LEC)

control de los internamientos, la jurisprudencia ha establecido que serán competentes los juzgados del lugar donde se encuentra ingresada la persona⁸.

Una vez explicada la situación en la que se encuentra el artículo 763 LEC, voy a proceder a realizar un análisis de su evolución, desde que se introdujo, con su antecedente el artículo 211 CC, hasta la regulación actual de nuestros días.

IV. EL INTERNAMIENTO EN CENTROS GERIÁTRICOS DE CARÁCTER CERRADO COMO LIMITACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD PERSONAL (ARTÍCULO 17 CE)

El **artículo 17⁹** de la Constitución Española de 1978 (CE) regula el derecho fundamental a la libertad personal.

A su vez, el **artículo 14¹⁰** de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (CDPD) Nueva York el 13 de diciembre de 2006, regula el derecho a la libertad y seguridad de la persona.

El derecho a la libertad es un derecho fundamental que siempre ha recibido especial protección en todos los ámbitos jurídicos. Su violación supone infringir uno de los derechos inherentes a la dignidad de la persona. Y ello siempre está unido a la seguridad. Toda persona tiene derecho a vivir con sensación de seguridad y protección y ello ha de ser objetivo primordial de los poderes públicos. La Convención intenta subrayar que esa libertad y seguridad es inherente a toda persona, independientemente de su situación física o psíquica y no debe verse alterada en modo alguno por el hecho de tener alguna discapacidad.

⁸ PALAU BENLLOCH, I.- “El ingreso de personas mayores en centros residenciales” ponencia en Jornadas de especialistas en la Protección y Garantías de los Derechos de las Personas con Discapacidad, pp. 7-8

⁹ **Artículo 17. CE** “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”

¹⁰ **Artículo 14.** “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona;

b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.

2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.”

Cuando hablamos de privación de libertad, pensamos en la comisión de un delito y sus consecuencias y la regulación de sus presupuestos y procedimientos tiene una larga tradición en todas las legislaciones. No ocurre lo mismo con las privaciones de libertad denominadas de carácter civil, la persona que va a ser internada no ha cometido ninguna infracción penal, y su ingreso deriva de una posible protección a la sociedad, a ella misma y a su familia, generándose una situación asistencial que le proporciona seguridad, produciéndose así una situación contradictoria, dos valores fundamentales - seguridad y libertad -enfrentados. Se priva de uno de ellos, la libertad, y a su vez se le está aportando seguridad. Ha de primar por encima de todo, la voluntad de la persona.

El tratamiento y el ingreso involuntario de una persona con discapacidad, por el solo hecho de serlo va en contra de los principios de la Convención y de nuestra Constitución. El artículo 14 de la Convención refuerza que deben aplicarse las mismas garantías legales que para el resto de las personas pues es un derecho reconocido por igual a todos¹¹.

1. ARTICULO 211 CC y STC 129/1999.

La trayectoria legal que regula las privaciones de libertad en el ámbito civil es muy reciente, y escueta, ya que inició su andadura en la modificación del Código Civil de 1983 que introdujo el artículo 211 CC y desde el año 2000 se encuentra en un único artículo, el 763 de la LEC.

Tal y como expone Laborda Soriano, son los Reales Decretos de 1885, por influencia de la Ley francesa de 1838 los que regulan por primera vez el ingreso de los dementes. Tanto en la II República como en la Dictadura del General Franco, los internamientos se regían por el Decreto de julio de 1931, que en opinión de la autora mencionada abusaba de los derechos de la persona ingresada en manicomios, sin garantías ni control judicial alguno, puesto que el control era administrativo, permitiendo internamientos indefinidos sin revisión¹².

Desde el momento en que se promulga el nuevo texto constitucional, la necesidad de proceder a una reforma de la normativa sobre internamientos psiquiátricos era

¹¹ PALAU BENLLOCH, I.- “El ingreso de personas mayores...” *cit.*, p. 4.

¹² PALAU BENLLOCH, I.- “El ingreso de personas mayores...” *cit.*, pp. 4-5.

absolutamente incuestionable, a fin de adaptar la regulación hasta entonces vigente a la nueva realidad jurídica. La normativa preconstitucional evidentemente no era compatible con la prohibición de sanciones limitadoras de la libertad de procedencia administrativa (artículo. 25.4 CE) y la consagración del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 24.1 y 53.2 CE). Aparte de lo anterior, el anclaje constitucional de la regulación sobre internamientos involuntarios se encuentra en el artículo. 17.1 CE (relativo al derecho a la libertad y seguridad). Desde el campo administrativista, se puso de relieve la grave desconexión entre el Decreto de 3 de julio de 1931 y la Constitución de 1978, especialmente en materia de garantía de derechos de los internados y por el ínfimo rango normativo hasta entonces empleado (una mera disposición reglamentaria) para regular una materia que afectaba a cuestión tan sensible como la libertad de los ciudadanos.

El planteamiento técnico-jurídico, aunque con un trasfondo ideológico latente, se inclinó por la mera reforma del Código Civil, dejando de lado una eventual ley específica sobre la materia. Al final, la Comisión Ministerial que se creó a tal efecto se inclinó por la “no especificidad de la Ley”. En consecuencia, tras su tramitación parlamentaria, por Ley 13/1983, de 24 de octubre se introdujo el **artículo 211** ¹³ CC¹⁴.

Caben destacar dos características del nuevo modelo. En primer lugar, la judicialización del sistema de garantías. Efectivamente, la reforma fue ciertamente radical, sobre todo en un plano, el de la intervención judicial. El papel meramente testimonial del juez, se muda en un notable protagonismo del poder judicial, quedando supeditados los facultativos y los familiares del paciente a las decisiones de aquél.

En segundo lugar, también se resaltó desde el ámbito doctrinal, la cuestión de la escasez normativa. En España la legislación sobre el internamiento civil, ya de por sí escasa en términos de Derecho Comparado, tras la Ley 13/1983, 24 octubre quedó reducida al

¹³ “**Artículo 211 CC.** El internamiento de un presunto incapaz requerirá la previa autorización judicial, salvo que, razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de tal medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas.

El Juez, tras examinar a la persona y oír el dictamen de un facultativo por él designado, concederá o denegará la autorización y pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el artículo 203.

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 269,4 el Juez de oficio, recabará información sobre la necesidad de proseguir el internamiento, cuando lo crea pertinente y, en todo caso, cada seis meses, en forma igual a la prevista en el párrafo anterior, y acordará lo procedente sobre la continuación o no de internamiento”

¹⁴ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, núm. 1, pp. 19-20.

artículo 211 del Código Civil y complementariamente al artículo 20.2 de la Ley General de Sanidad. Tan escueta regulación, sustituía al hasta entonces vigente Decreto de 3 de julio de 1931¹⁵.

La necesidad de una legislación que ampliara y desarrollara el artículo 211 CC fue puesta de manifiesto por varios autores. Bercovitz y Cobreros se hicieron eco de insuficiencias tales como la falta de determinación de las causas de internamiento, la inseguridad en cuanto a los sujetos internables, la indeterminación de plazos para las actuaciones judiciales, la falta de concreción de las personas legitimadas para promover el internamiento, la no explicitación de los requisitos que ha de reunir la petición de internamiento, la ausencia de indicación de la persona que ha de comunicar al Juez el internamiento de urgencia, la insuficiencia del control judicial, la carencia de regulación de los supuestos (causas y personas legitimadas) para la terminación del internamiento, la inexistencia de un plazo inicial de internamiento, la falta de definición de lo que son internamientos voluntarios e involuntarios, la ausencia de previsión sobre el internamiento forzoso (dentro de los involuntarios), la no determinación de los derechos del internado, la inexistencia de una regulación sobre tratamientos y reconocimientos involuntarios que no impliquen internamiento o la no explicitación de los obligados a colaborar y llevar a cabo el internamiento¹⁶.

Lo que aquí especialmente interesa, es la actitud de la doctrina acerca del rango normativo del artículo 211 CC. La época coetánea y subsiguiente a la aprobación de la Ley 13/1983 fue propicia a elucubrar acerca del carácter que debería o no otorgarse a la misma.

El internamiento involuntario afecta sin duda a la libertad (deambulatoria) de la persona. Otra cosa es que el sujeto internado no sea, él mismo, “libre”, es decir carezca de la capacidad de autogobierno que precisamente legitima la privación física de su libertad. Mas, en lo que aquí concierne, la privación (física) de la libertad de una persona (por legítima y legal que sea) sin duda afecta prima facie a uno de sus derechos fundamentales (artículo 17 CE), por muy justificada que esté tal afectación¹⁷.

El 4 de enero de 1994, por tanto antes de la reforma del artículo 211 CC efectuada por la Ley Orgánica 1/1996, tuvo entrada en el registro del TC una cuestión de

¹⁵ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” cit., pp.20-21

¹⁶ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” cit., pp. 22-23

¹⁷ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” cit., pp. 23-24

inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Orihuela (Alicante), en relación con el artículo 211, párrafo segundo, del Código Civil, en la redacción dada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, por posible infracción de los arts. 17.1 y 24.1 y 2 de la Constitución. Dicha cuestión fue resuelta por la STC 129/1999, de 21 de julio¹⁸.

En lo referente al rango normativo la STC 129/1999 fue contundente: “La garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 de la Constitución alcanza, desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el artículo 211 del Código Civil. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal que dentro de los casos y mención regular... de formas mencionados en el artículo 17.1 ‘ha de considerarse incluida la ‘detención regular... de un enajenado’, a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (STC 104/1990, FJ 2º). En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una ley orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 (STC 140/1986)”.

No obstante, la STC 129/1999 concluyó que la cuestión de inconstitucionalidad planteada debía resolverse afirmando la constitucionalidad del precepto cuestionado, ya que al referirse a reglas procedimentales y no a la regulación “directa” del derecho a la libertad personal, no se requería una regulación con rango de ley orgánica¹⁹.

Así mismo, dicha sentencia STC 129/1999 de 1 de julio, fue muy explícita al entender que el internamiento en un centro psiquiátrico solo es acorde con el derecho fundamental a la libertad, bajo las siguientes condiciones:

- Haberse probado de forma convincente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente, por medio de un **dictamen pericial medico objetivo**, la existencia de una perturbación mental real; en definitiva, el internamiento solo puede realizarse previa autorización judicial.

¹⁸ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, p. 26

¹⁹ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, pp. 28-29

- Que la **perturbación** revista un carácter o amplitud que **legitime el internamiento**.
- Debe controlarse la **persistencia de la perturbación**, ya que el internamiento solo puede prolongarse en tanto en cuanto siga subsistiendo el trastorno.
- En cualquier caso, el internamiento habrá de adoptarse en un **procedimiento jurisdiccional contradictorio**, en el que exista posibilidad de defensa y oposición de la persona afectada²⁰.

2. L.O. 1/1996 y STC 131/2010

Viniendo a resolver algunos de los defectos achacados a esta legislación, la Disposición Final 12ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor daría nueva redacción al primer párrafo del artículo 211 CC quedando como sigue: “El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores, se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor”.

Recordemos que, al mencionar el empleo de la noción de “presunto incapaz” en la redacción primitiva del artículo 211 CC, gran parte de la polémica doctrinal se centró en delimitar el mismo. Este sería, precisamente el principal cambio introducido por la Ley Orgánica 1/1996, la determinación del sujeto pasivo del internamiento en una doble dirección:

- a) el motivo de ingreso no será la posible incapacidad, sino el trastorno psíquico y que
- b) el ingresado no será el “presunto incapaz” sino la “persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”²¹.

²⁰ GARCÍA y GARCÍA-SOTUGA. F. “Libro IV: Título I (artículo 763)” en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Volumen II), CORDÓN, et al. (coord.), Volumen II, Aranzadi SA, Elcano, Navarra, 2001p.776

Por otra parte, la STC 131/2010, de 2 de diciembre, resolvió la cuestión de la constitucionalidad de la regulación sobre internamientos psiquiátricos involuntarios, en relación con el párrafo 1º del artículo 211 del Código Civil y la Disposición Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

La *litis*, en este caso ubicada en el ámbito de un expediente de jurisdicción voluntaria, se refería a la solicitud de una madre para el internamiento en un centro psiquiátrico de su hija, una mujer mayor de edad, por padecer trastornos psíquicos y drogodependencia.

El Juzgado planteó la cuestión de inconstitucionalidad el 25 de octubre de 1999, basándose en que la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 CE también alcanza a quienes quedan sometidos a un internamiento involuntario (del artículo 211 CC), por lo que –e invoca al respecto las SSTC 104/1990 y 129/1999–, al constituir una privación de libertad debiera estar regulado por una Ley Orgánica²².

El FJ 4 de la STC 131/2010 establece: “el artículo 211, párrafo primero, del Código civil, en la redacción dada a dicho precepto por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, tiene por objeto un asunto, el internamiento forzoso de personas que padezcan trastornos psíquicos, que afecta a materia incluida en el ámbito de la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81.1 CE, en relación con el artículo 17.1 CE, como este Tribunal ya declaró en la citada STC 129/1999, FJ 2. Por ello la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, ha **incurrido en inconstitucionalidad** al excluir a aquel precepto del carácter orgánico de la propia ley que lo comprende”. Así mismo en el FJ 6, el TC expresa el alcance de su sentencia, estableciendo que, “en este caso”, **la declaración de inconstitucionalidad no conlleva la nulidad de la norma cuestionada** (Disp. Final 23ª de la Ley Orgánica 1/1996). Y ello, porque “la declaración de nulidad del artículo 211, párrafo primero, del Código civil, crearía un vacío en el ordenamiento jurídico, sin duda no deseable, máxime teniendo en cuenta que dicho precepto no ha sido cuestionado en su contenido material, esto es, no se ha discutido la pertinencia de la medida de internamiento de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico

²¹ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, p. 30

²² BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, pp. 31-32

en establecimiento de salud mental mediante autorización judicial, a lo que ha de añadirse que, en realidad, se trata de un precepto ya derogado”²³.

3. ARTICULO 763 LEC y STC 132/2010

Como ya se ha dicho, el antecedente normativo del artículo. 763 LEC era el derogado artículo 211 CC, basado en la premisa de que el internamiento de una persona sin su consentimiento en un centro de salud mental supone una restricción al derecho fundamental consagrado en el artículo 17.1 CE, y en este sentido, ya la STC 104/1990 de 4 de junio dejó sentado que “*según el artículo 17.1 CE nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstas en la Ley*”.

Uno de estos casos en los que es posible la privación de libertad es la <<detención regular de un enajenado>> a la que se refiere el artículo 5.1 e) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

La regularidad de esa detención depende a su vez, de la existencia de una decisión judicial que autorice a ese internamiento (artículo 211 CC, actual artículo 763 LEC), por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad del internamiento. Para privar al enajenado de su libertad, según la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Winterwerp contra Países Bajos, Sentencia de 24 de octubre de 1979 y Ashingdane contra Reino Unido, Sentencia de 28 de mayo de 1985), debe establecerse judicialmente que el afectado padece de una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no poder vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad²⁴.

Por consiguiente, para proceder a la detención o ingreso de una persona en un centro contra su voluntad, una vez se han comprobado los requisitos anteriores, como la de presentar esta persona una perturbación mental real, por ejemplo, es necesario para su licitud seguir un procedimiento adecuado.

²³ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, pp. 35-36

²⁴ GARCÍA y GARCÍA-SOTUGA. F. “Libro IV: Título I (artículo 763)”, *cit.*, p. 776.

El régimen vigente en materia de internamientos psiquiátricos involuntarios se encuentra recogido en la LEC, concretamente en su artículo 763. Esta normativa, se encuentra en una norma legal de rango ordinario.

Precisamente de ello trata la STC 132/2010, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada con ocasión de la autorización solicitada por una ciudadana para proceder al internamiento de su tío, alegando que padecía trastornos psíquicos y alcoholismo.

La Sentencia, recordando el precedente de la citada STC 129/1999, pero también la coetánea STC 131/2010 -dictada incluso en el mismo día- declara la inconstitucionalidad de aquellos incisos de los párrafos 1º y 2º del artículo 763.1 LEC “que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pues, en tanto que constitutiva de una privación de libertad, esta medida sólo puede regularse mediante ley orgánica”²⁵.

Concretamente, la STC 132/2010, establece en su Fundamento Jurídico 3, lo siguiente: *“A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material.*

*Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.”*²⁶.

Precisamente, en referencia al alcance de esta Sentencia se dictó la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2011, que concluye: *“Por tanto, la declaración de inconstitucionalidad (diferida) no lleva aparejada, en el presente caso, la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico, pues ésta continuará desplegando sus efectos mientras el legislador no proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante Ley Orgánica. Lo contrario generaría una situación de facto contraria a las propias exigencias de protección que dimanen del artículo 49 CE. Como consecuencia de lo anterior, la declaración de*

²⁵ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” cit., pp. 38-39

²⁶ SENTENCIA 132/2010, de 2 de diciembre, (BOE núm. 4, de 05 de enero de 2011), ECLI:ES:TC:2010:132

inconstitucionalidad no impide que el artículo 763 LEC pueda continuar aplicándose y siga ofreciendo la adecuada cobertura normativa a los internamientos psiquiátricos no voluntarios, de tal modo, que éstos sigan estando sometidos al mismo sistema de control judicial, bien con carácter previo bien, en casos de urgencia, a posteriori.”²⁷.

V. INTERVENCION JUDICIAL O DE OFICIO, EN EL INGRESO NO VOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO EN CENTROS RESIDENCIALES PARA PERSONAS MAYORES (STC 141/2012)

Como hemos visto hasta ahora, privar a una persona de libertad personal, afecta a su derecho fundamental (artículo 17 CE). En los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, para que no se vulnere este derecho fundamental, es necesario obtener una autorización judicial, la cual debe ser otorgada por el Juez.

Los Jueces o Tribunales tienen el deber de actuar de oficio para impedir situaciones de desprotección de personas que, por razón de capacidad, se encuentren en situación de “precisar de una institución de protección y apoyo”, sea en situación de guarda de hecho o de derecho y se trate de casos de incapacidad declarada o de incapacidad presunta (arts. 216, párrafo segundo, 158, 303 y 304 CC), es decir, “de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo” (artículo 52.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en adelante LJV). En efecto, el artículo 49 CE expresa la obligación de los poderes públicos –y el judicial lo es- de amparar a las personas con discapacidad “especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. La LGDPD desarrolla estos postulados y reseña el deber de protección “de forma especialmente intensa” de los derechos de las personas con discapacidad en materia de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE y **“de manera singularmente intensa a aquellas personas o grupo de personas especialmente vulnerables a la discriminación múltiple como (...) mayores con discapacidad”** (arts. 7.3 y 4)²⁸.

La Recomendación CM/Rec (2014)2, de 19 de febrero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la promoción de los derechos humanos de las personas

²⁷ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, p. 40

²⁸ Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, *cit.*, p. 19.

mayores recoge un apartado concreto sobre el cuidado residencial e institucional en el que expresa: *“Las personas mayores, en principio, solo deberían ser internadas para atención residencial, institucional o en establecimiento psiquiátrico con su consentimiento libre e informado. Cualquier excepción a este principio tiene que cumplir los requerimientos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en particular el derecho a la libertad y seguridad (artículo 5)”*²⁹.

Así mismo, la Ley 39/2006 constituye la primera y única norma estatal que ha reconocido expresamente el derecho de las personas en situación de dependencia a *“decidir libremente sobre el ingreso en un centro residencial” (artículo 4.g) y “ejercicio pleno de sus derechos jurisdiccionales en el caso de internamientos involuntarios, garantizándose un proceso contradictorio” (artículo 4.h)*³⁰.

La libertad de decisión se asienta sobre el presupuesto de que el sujeto tiene capacidad para decidir, y tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de los internamientos de aquellas personas mayores que precisamente ya no conservan dicha capacidad.

La persona mayor que ingresa en una residencia se caracteriza por su avanzada edad, por padecer enfermedad crónica, frecuentemente de tipo neurodegenerativo, por precisar tratamiento farmacológico y presentar dificultades para las actividades básicas de la vida diaria. Por tanto, podrá ser considerada una persona con discapacidad, debiendo tenerse en cuenta los mandatos de la CDPD, en particular lo dispuesto en el artículo 12 en cuanto al reconocimiento de la plena “capacidad jurídica” de la persona con discapacidad, en relación al respeto a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las persona (artículo 3 CDPD) y el derecho a elegir el lugar de residencia (artículo 19 CDPD), sin que pueda imponerse a la persona con discapacidad una forma de vida específica³¹.

Es decir, ha de promoverse que sea la propia persona la que adopte la decisión, facilitándole, en su caso, los mecanismos de apoyo que sean convenientes.

En el ámbito que nos ocupa, especialmente los familiares o cuidadores de la persona con discapacidad pueden desempeñar este rol y actuar como un apoyo, para promover

²⁹ Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, *cit.*, p. 3.

³⁰ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, p. 9

³¹ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, pp.12-13

que la decisión de ingreso en un centro la adopte la propia persona mayor, pero esta posición es radicalmente distinta de la que asumen frecuentemente, al adoptar la decisión de ingreso de la persona mayor sin contar con su participación.

La decisión del internamiento en una residencia en tales casos podrá adoptarse por el familiar o guardador de la persona mayor, pero en nuestro ordenamiento dicha decisión deberá ser autorizada judicialmente, para lo cual habrá de valorarse la necesidad de la medida en relación al beneficio de la persona mayor, y el internamiento será controlado periódicamente, con lo cual existen mecanismos de salvaguarda específicos y proporcionados a la gravedad de los derechos de la persona con discapacidad que resultan afectados, tal y como exige el artículo 12.4 CDPD³².

En este contexto, debemos destacar la sentencia **STC 141/2012 de 2 de julio de 2012**, la cual aborda por vez primera de forma sistemática, las garantías que han de concurrir en los ingresos psiquiátricos involuntarios urgentes, los cuales suelen ser los que con más frecuencia se realizan en la práctica³³.

Dicha sentencia se dictó, pese a haber habido una “pérdida del interés legítimo” por parte del demandante, fundamentándose que (FJ 2): *“En este caso, la concurrencia de ese interés público se deriva, ante todo, del hecho de que se trata del primer recurso de amparo en el que se enjuicia desde la óptica del derecho fundamental a la libertad personal, un caso de internamiento psiquiátrico urgente, con las peculiaridades que éste presenta en nuestro ordenamiento al acordarse ab initio sin control judicial, conforme luego veremos. Y en segundo lugar y en línea con lo defendido por el Ministerio Fiscal en el escrito de alegaciones por el que se opuso a dicho desistimiento, en razón a que el colectivo al que afecta esta medida es con alguna frecuencia el de las personas con discapacidad mental, al cual califica con razón de «especialmente vulnerable», lo que confiere a esta materia una innegable importancia social. Por todo ello corresponde denegar el desistimiento solicitado y entrar al examen de fondo del recurso”*³⁴.

Dicha sentencia, en su FJ 4 recuerda los requisitos que establece el artículo 763 LEC para la adopción de la medida cautelar civil de internamiento no voluntario por razón de

³² ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, pp.13 -14

³³ BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento...” *cit.*, pp. 829.

³⁴ Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012, «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 2012, páginas 13 a 27 (15 págs.), BOE-A-2012-10254.

trastorno psíquico, concretamente se centra en el internamiento urgente, ya que es sobre lo que versa el auto recurrido, enfatizando sobre todo en los principios de necesidad y proporcionalidad de la medida.

Así mismo, en el FJ 5 establece: *“La fase extrajudicial del internamiento urgente se encuentra determinada en su validez por el cumplimiento de cuatro exigencias básicas derivadas del respeto al derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17 CE), cuales son:*

a) Existencia de **un informe médico** que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar ab initio la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial.

b) **Información al afectado** o su representante **acerca del internamiento** y sus causas: resulta evidente que nadie puede ser privado de libertad sin conocer los motivos que lo determinan, como proclama el artículo 17.2 CE para la detención.

c) **Obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron**, en el plazo de 24 horas: la imposición de un límite temporal ha de venir impuesto por la norma legal de desarrollo, en este caso el ya citado artículo 763 LEC, donde se señala que «el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida».

Se trata, en todo caso, no de un plazo fijo sino máximo, que por ende no tiene que agotarse necesariamente en el supuesto concreto ni cabe agotarlo discrecionalmente. De este modo, la comunicación al Tribunal habrá de efectuarla el director del centro en cuanto se disponga del diagnóstico que justifique el internamiento, sin más demora, siendo que las veinticuatro horas empiezan a contar desde el momento en que se produce materialmente el ingreso del afectado en el interior del recinto y contra su voluntad. Precisión esta última importante, en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera voluntaria y en algún momento

posterior exterioriza su cambio de criterio, siendo en ese preciso momento cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del artículo 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial.

En todas aquellas situaciones donde el centro médico responsable incurra en exceso del plazo legal de las veinticuatro horas, la tutela judicial del afectado podrá ser recabada mediante el procedimiento de habeas corpus por su representante o familiares, aplicable también a este ámbito del internamiento ex artículo. 1 b) de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo («Las [personas] que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar»).

d) **Control posterior sobre el centro:** desde que tiene lugar la comunicación antedicha ha de considerarse que la persona pasa a efectos legales a disposición del órgano judicial, sin que ello exija su traslado a presencia física del Juez, como hemos tenido ocasión de precisar en el ámbito de las detenciones judiciales (SSTC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4; y 180/2011, de 21 de noviembre, FJ 5). Traslado que además tratándose de internamiento psiquiátrico contradiría la necesidad misma de la medida, de allí que lo normal es que el examen judicial directo del afectado se realice en el propio establecimiento hospitalario. En todo caso, el director de este último sigue siendo responsable de la vida e integridad física y psíquica del interno mientras no acuerde el alta, bien por orden judicial o porque a criterio de los facultativos encargados se aprecie que han desaparecido o mitigado suficientemente las causas que motivaban el internamiento; incluso cuando tal ratificación judicial ya se hubiere producido³⁵.

En definitiva, la STC 141/2012, introdujo las medidas de actuación en caso de que existan *“razones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida”*, en cuyo caso, el responsable del Centro Médico donde se haya realizado tendrá que comunicarlo a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, la cual deberá denegar o ratificará la medida en el plazo máximo de 72 horas, y siempre sin agotar dichos plazos.

³⁵ Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012, «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 2012, páginas 13 a 27 (15 págs.), BOE-A-2012-10254

Como vemos se trata de un caso excepcional, puesto que el método ordinario de actuación para el internamiento, requiere como hemos visto, previa autorización judicial, en caso de que no haya consentimiento por la parte interesada.

Debemos recordar, por lo tanto, en primer lugar, que es necesario afirmar que todo ingreso no voluntario por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores está **sujeto a control judicial**. Existen dos tipos de procedimientos de ingreso involuntario, que son: el judicial y el extrajudicial o “urgente”.

En segundo lugar, el internamiento urgente acordado por el “responsable del centro en que se hubiera producido el internamiento”, debe ser objeto de “ratificación” por el tribunal competente, en la forma establecida por el artículo 763 LEC. Si el internamiento urgente no ha respetado las garantías previstas en los arts. 5 CEDH y 763 LEC no puede ser objeto de ratificación, ni cabe ninguna fórmula de “regularización”. La comunicación de internamiento urgente puede reiterarse, pero el responsable del centro sólo podrá hacerlo cuando la persona afectada se encuentre en situación de libertad y concurran las restantes condiciones que exigen los citados preceptos.

Y, en tercer lugar, declarada la vulneración, el órgano judicial, antes de acordar la puesta en libertad, debe proceder -en todo caso- a evaluar la situación personal del afectado por el internamiento y comprobar si es necesaria una medida de protección jurídica o de apoyo. Este colectivo goza del derecho a la tutela judicial efectiva “singularmente intensa” (arts. 7.3 y 4 LGDPD), amparo que debe materializarse a través de las medidas previstas en el artículo 216 CC, párrafo segundo. Los Sres. Fiscales interesarán, cuando sea necesario, la autorización para el mantenimiento del internamiento con tal fundamento. Dicha autorización constituye un título nuevo, distinto y legítimo diferente al del internamiento realizado por el responsable del centro cuya ilicitud ya se ha declarado y cuya validez no puede sanarse de forma retroactiva³⁶.

Por lo tanto, cuando se haya declarado la vulneración del artículo 763 LEC, tenemos que valorar siempre si son precisas medidas de protección jurídica en atención a la situación concreta de la persona afectada. Es decir, no llevar a cabo un ingreso involuntario, cuando se está respetando la voluntad del anciano, debe ser ponderado con la situación en la que se va a encontrar el anciano en su entorno, puesto que en muchas ocasiones estos necesitan el cuidado especial que se le estaba proporcionando o se le iba

³⁶Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, *cit.*, pp. 27-28

a proporcionar en el centro residencial, lo cual supone dejarlos en una situación de desprotección. Por ello, la legislación establece una serie de medidas de protección a personas especialmente vulnerables recogidas en el art 216 CC y 158 CC, las cuales voy a proceder a analizar.

VI. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

1. DERECHO A LA ASISTENCIA.

El artículo 4 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 5 de mayo de 1988 reconoce el derecho a la protección social de las personas ancianas. Dentro del elenco de recursos, las Partes se comprometen “*a garantizar a las personas ancianas que viven en instituciones la asistencia apropiada*”. El artículo 50 CE garantiza, “con independencia de las obligaciones familiares”, la obligación de los poderes públicos de promover el bienestar de las personas en la tercera edad “*mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio*”. El artículo 49 CE (referido a las personas con discapacidad) obliga a los poderes públicos al especial amparo “para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. En desarrollo de estos preceptos se promulgó la ya reseñada Ley 39/2006³⁷.

2. DEMENCIA SOBREVENIDA

En la práctica se suscitan con frecuencia casos en los que la ausencia de capacidad de decisión no se manifiesta en el acto del ingreso sino en un momento posterior. La legislación de servicios sociales de las distintas CCAA hace referencia a este supuesto bajo diferentes denominaciones como “incapacidad sobrevenida”.

El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de analizar situaciones en que surge la demencia sobrevenida. Sin embargo, la STC nº 182/2015 expresa que “*en aquellos casos en los que la persona ha podido acceder inicialmente al tratamiento de manera*

³⁷ Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, *cit.*, p. 13.

voluntaria y en algún momento posterior exterioriza su cambio de criterio”, es precisamente “cuando, tornándose en involuntario, se precisará la concurrencia de los requisitos del artículo 763.1 LEC para poder mantener el internamiento, empezando simultáneamente a correr el cómputo de las 24 horas para comunicarlo al órgano judicial”. El deterioro del anciano no se produce en un instante puntual y automático, sino que se desarrolla a lo largo del tiempo³⁸.

Este supuesto está regulado únicamente en Cataluña, donde el artículo 212.6 del Libro Segundo CCCat establece: *“Si una persona que consintió su propio internamiento por razón de trastorno psíquico ya no está en condiciones de decidir su continuación porque las circunstancias clínicas o el riesgo asociado al trastorno han cambiado de forma significativa, el director del establecimiento debe comunicarlo a la autoridad judicial para que, si procede, ratifique su continuación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 212-5.3.”*³⁹.

Estos supuestos han de ponerse en conocimiento del Juzgado al haberse convertido el internamiento en involuntario o forzoso debido a la pérdida de la capacidad de la persona, para que la autoridad judicial ratifique el ingreso y pase a controlar el mismo en lo sucesivo. Pero, una vez más, no existe trámite procesal específico para solicitar esta ratificación. Por un lado, el supuesto de urgencia del artículo 763 LEC no es adecuado porque falta, precisamente, el presupuesto de la urgencia asistencial. Tampoco es posible determinar el momento exacto en el que la persona mayor, una vez en la residencia, pierde su capacidad, momento en el que nacería la obligación del director del centro de solicitar la ratificación del ingreso, al tratarse de enfermedades de avance progresivo, ni tampoco se justifican en este caso los breves plazos del artículo 763.1 (24 horas para la comunicación y 72 horas para la ratificación del internamiento). Por otro lado, si se inicia un procedimiento de modificación judicial de la capacidad de la persona, la medida cautelar a solicitar sería la ratificación del ingreso, pero esto choca con la necesidad de que la medida se adopte desde una situación de libertad, lo cual no es adecuado en este supuesto en el que la persona ya reside en el centro. En otro caso se estaría produciendo la convalidación de un internamiento ilícito, el producido entre el momento de la pérdida de la capacidad y la ratificación de la medida, lo cual (al menos

³⁸ Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, *cit.*, pp. 14-15.

³⁹ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, p. 37.

en teoría) ha sido descartado por el Tribunal Constitucional.⁴⁰ Observamos como hace falta una regulación específica desde una perspectiva asistencial, en la que se adecuen los procedimientos de internamiento en centros residenciales a una función asistencial, de cuidado patológico.

VII. JURISPRUDENCIA RELEVANTE

En este apartado, me ha parecido interesante destacar dos sentencias recientes que han sido de especial consideración en la jurisprudencia, las cuales procederé a analizar. Dichas sentencias son:

- **La STC 34/2016, 2ª, 29.2.2016 (BOE nº 85, 8.4.2016)**
- **La STC 132/2016, 1ª, 8.7.2016 (BOE nº 196, 15.8.2016)**

Por múltiples razones, lo cierto es que es común que el ingreso de la persona mayor que no conserva facultades psíquicas para decidirlo por sí misma sea decidido por sus familiares o por su guardador de hecho, siendo aceptado por el centro residencial, aunque no haya sido autorizado judicialmente. La STC 34/2016 ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto, estableciendo una doctrina que ha sido seguida y complementada en cuanto al procedimiento de urgencia por la posterior STC 132/2016⁴¹.

En el primero de los casos enjuiciados por el TC se había producido el ingreso en una residencia pública de una mujer de 80 años con demencia senil, solicitándose por el centro la ratificación del ingreso involuntario meses después de producirse. Consta acreditado que la afectada, convenientemente atendida por su hija, no tenía capacidad de autogobierno, aunque no había sido sometida a un procedimiento de modificación de la capacidad. Sí tenía reconocida una situación de gran dependencia en grado III y el derecho a la prestación de atención residencial. En el segundo supuesto, la directora de la residencia en la que había ingresado la persona mayor con demencia senil, a instancias de su nieta, sí solicitó la ratificación judicial del internamiento al día

⁴⁰ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, p. 38.

⁴¹ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, pp. 24-25

siguiente de producirse, amparándose en el procedimiento de urgencia del artículo 763.1 LEC⁴².

En el primer supuesto, el problema suscitado es que el ingreso se efectuó sin contar con autorización judicial previa, y que el director del centro solicitó la ratificación judicial meses después, tramitándose por el Juzgado de Primera Instancia por la vía del artículo 763 LEC, para concluir denegando la autorización por no haberse respetado el plazo de 24 horas establecido para la ratificación judicial de los internamientos urgentes.

En el segundo supuesto, se interpuesto recurso de amparo llegando al Tribunal Constitucional, el cual reitera los pronunciamientos vertidos en la anterior STC 34/2016, y recuerda que salvo que se cumplan los requisitos y garantías que permiten llevar a cabo un internamiento involuntario urgente resultará imprescindible que la medida se acuerde previamente por el Juez y siempre respecto de una persona que ha de encontrarse en ese momento en libertad. En este caso, la directora del centro en el que se había ingresado a la anciana sí había solicitado la ratificación judicial del ingreso en las 24 horas siguientes a su producción, por el procedimiento de internamiento involuntario urgente, pero fue archivado al entender que no concurría el presupuesto de la urgencia, mismo argumento que sirvió para archivar la posterior solicitud de internamiento urgente incoada por la Fiscalía.

Estos dos pronunciamientos han considerado necesario el inicio de un procedimiento de modificación de la capacidad en el que se autorice judicialmente la medida de internamiento, opción que ha sido bien aceptada por la doctrina⁴³.

La aseveración por la STC 34/2016 y la STC 132/2016 de que la autorización para el ingreso en el centro residencial ha de obtenerse en el seno de un procedimiento de modificación de la capacidad ha de circunscribirse únicamente a aquellos casos en los que la persona carece de autogobierno, tal y como constaba acreditado en ambos supuestos. Por más que sea habitual que el futuro residente carezca de dicha capacidad de autogobierno y por tanto de la capacidad para decidir el ingreso, la necesidad de modificación de la capacidad no puede ser extendida a los ingresos de todas las personas mayores que presenten una discapacidad. Esto conduce a otra cuestión, que es la regulación de los ingresos en centros residenciales. Resulta necesario afrontar en el

⁴² ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, p. 25

⁴³ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, pp. 29-30

ámbito civil la regulación de los internamientos en centros residenciales de aquellas personas que no puedan decidirlo por sí mismas, mediante la previsión de un procedimiento específico que recoja las particularidades de este ámbito⁴⁴.

Casos como las dos sentencias analizadas hacen que me plantee si realmente esta es la mejor solución. Con lo que cuesta obtener una plaza en una residencia debido a la gran cantidad de solicitudes, un defecto de forma respecto a su internamiento, ¿Puede justificar que pierda la plaza conseguida? Personalmente considero que un mero defecto formal no debería acarrear eso. Debería modificarse la política social y económica, por parte del ejecutivo, haciéndose eco de la problemática que genera este problema ampliándose los plazos de comunicación, por ejemplo.

Desde una perspectiva positiva ha de insistirse en que el reconocimiento de que el internamiento involuntario no autorizado judicialmente supone una situación ilícita de privación de libertad, y las consecuencias que esto conlleva para las residencias en el orden disciplinario o en el orden de la responsabilidad civil, podrán ser determinantes de la evolución hacia un mayor respeto y garantía de los derechos de las personas mayores en el momento del ingreso en un centro residencial, al menos en tanto el legislador no decida afrontar la cuestión⁴⁵.

Dentro de este apartado, merece la pena destacar también una resolución reciente de las que he analizado de la AP de Barcelona:

- **AUTO N. 371/2017, Barcelona, 26 de septiembre de 2017, Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava), Rollo n.: 888/2017, Jurisdicción voluntaria (guarda de hecho) n.: 1528/2017**

En este supuesto nos encontramos ante un anciano “sr. B” el cual se encontraba en una residencia y bajo la guarda de hecho de su hijo. Este hombre sufrió dos ictus, el segundo con afectación más significativa a nivel cognitivo, afectación de la expresión oral, problemas de afasia y capacidad de expresión y por ello el día 6 de junio de 2017 el director técnico de la Residencia V. presentó escrito, a los efectos del artículo 225-2.2 CCat, poniendo en conocimiento del Juzgado que el Sr. B. presenta una situación que puede motivar un proceso de modificación de la capacidad de obrar. El Ministerio

⁴⁴ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, p. 39

⁴⁵ ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas...” *cit.*, p. 41

Fiscal sostiene que, no ha sido posible obtener la manifestación de la libre voluntad del afectado en cuanto a su ingreso, y que el Auto recurrido, que autoriza la continuación de dicho ingreso, vulnera el artículo 17 CE. Finalmente, el Juez autoriza el ingreso en la residencia.

Según mi opinión, el auto de la AP destaca la regulación expresa de la guarda de hecho en el Código catalán, a diferencia del CC, que contiene una mera referencia a la misma. La guarda de hecho es una institución por la que, de facto, el cuidado de las personas mayores se realiza con carácter ordinario por sus familiares sin necesidad de tutela o curatela y, consecuentemente, sin autorización judicial. Será cuando se produce un conflicto de intereses entre la persona que ejerce la guarda y la persona asistida, o cuando la guarda se realice contra la voluntad de la persona sujeta a la misma, cuando deberán activarse los mecanismos de control.

El motivo del ingreso es en general de servicio público y social y de finalidad asistencial. El internamiento de ancianos no puede plantearse como “privaciones de libertad” porque son la edad y las circunstancias que le acompañan, las que imponen limitaciones de actuación necesitando el auxilio de terceros. De manera que la finalidad a que apunta el control judicial de los internamientos, no es aplicable a estas situaciones en las que, en el fondo, la opción que se plantea al residente es la de ser atendido en otra parte, normalmente con cargo a algún pariente.

El ingreso o la permanencia en una residencia de una persona con disminución de facultades intelectivas, cognitivas o volitivas no pretende la curación de un episodio psiquiátrico sino atender a su necesaria protección y cuidado ante las dificultades de la vejez. Tal ingreso o permanencia no requiere intervención judicial cuando existe un guardador de hecho en ejercicio, aunque concurra una causa de modificación judicial de la capacidad de obrar, y no debe ser controlado necesariamente por el juez, ni supone fatalmente una privación de libertad, ni exige en todo caso la adopción de medidas cautelares de protección.

VIII. CONCLUSIONES

1. El envejecimiento de la sociedad, ha ido aumentando considerablemente a lo largo de las últimas décadas. La Ley 39/2006 ya señaló que en España más del 32% de las personas mayores de 65 años presentan algún tipo de discapacidad o enfermedad, las más comunes suelen ser: Alzheimer, demencia senil, etc. Según los datos actuales del Padrón Continuo (INE) las personas mayores representan un 18,4% sobre el total de la población y según la proyección del INE, en 2066 habrá más de 14 millones de personas mayores.

Estas circunstancias han supuesto un cambio en el modelo de cuidado de los mayores, puesto que tradicionalmente se consideraba como una labor esencialmente familiar. Además, el aumento de las enfermedades cognitivas y volitivas, como el Alzheimer o la demencia senil, en personas mayores, ha obligado a introducir iniciativas legislativas destinadas a dotar a la sociedad de medios destinados a cubrir las múltiples carencias de diversa índole que estas situaciones requieren.

2. Cuando una persona mayor se encuentra con plenas facultades para decidir por sí misma el ingreso en una residencia, no existe ningún problema, puesto que en este caso la persona es libre y consciente para dar su consentimiento. El problema surge cuando la persona que ha de otorgar el consentimiento no cuenta con dichas capacidades, es decir, carece de la capacidad suficiente para poder adoptar una decisión válida, ya sea por su edad o por algún trastorno psíquico.

En España no existe una regulación específica para el supuesto de internamientos involuntarios de ancianos en centros geriátricos. El único precepto que regula esta materia es el artículo 763 LEC, cuya rúbrica es el “internamiento no voluntario por razón de **trastorno psíquico**, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí”.

3. Según mi parecer y, teniendo en cuenta la jurisprudencia, el término “trastorno” es muy amplio, y en el mismo cabe perfectamente incluir los problemas mentales debido a la edad avanzada como son la demencia senil o el Alzheimer. En consecuencia, este precepto es aplicable al internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos. Se trata de evitar que pueda internarse en un establecimiento cerrado a una persona que no se halle en condiciones de decidirlo por sí misma, sin

autorización judicial, ya que, en caso contrario, podría incurrirse en un delito de detención ilegal por vulneración del derecho fundamental a la libertad ambulatoria (artículo. 17 CE).

4. El artículo. 763 regula en sí dos procedimientos: el ordinario o judicial, que exige autorización judicial para proceder al internamiento involuntario de una persona, y el extraordinario, cuando por razones de urgencia se interna al anciano antes de obtener la autorización, procedimiento que suele ser muy habitual en la práctica. La **STC 141/2012** ha recogido las garantías que deben darse para el internamiento urgente: en concreto, la existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico, dar información al afectado o su representante acerca del internamiento, la obligación del centro de comunicar al Juez competente el internamiento y los motivos que lo justificaron, así como un control posterior sobre el centro.
5. Las personas que ingresan en una residencia son personas con gran vulnerabilidad, lo cual hace que se deba tener más cuidado con respecto a la salvaguarda de sus derechos fundamentales, concretamente, el derecho a la libertad personal. El respeto a estos derechos exige, a su vez, promover que la persona mayor con discapacidad pueda tomar decisiones, como la de ingresar en el centro residencial, por sí misma, limitándose la sustitución de su voluntad a aquellos casos en los que carezca absolutamente de facultades mentales para su autocuidado, de acuerdo con los planteamientos de la CDPD.
6. Como han constatado las recientes sentencias del TC, la autorización para el ingreso en residencias puede obtenerse en el seno de un procedimiento de modificación de la capacidad, pero sólo en aquellos casos en los que la persona carezca de autogobierno. Es decir, no puede extenderse dicha modificación de la capacidad a todas las personas mayores que presenten una discapacidad para su ingreso en el centro. Aquí surge la problemática con la regulación con respecto al internamiento en residencias, puesto que sigue habiendo problemas con la determinación del procedimiento adecuado para solicitar dicha autorización. No se descarta continuar utilizando el artículo 763 LEC para la solicitud de autorización previa al internamiento, admitido por la mayoría de Audiencias Provinciales, pero existen

desajustes al aplicar este procedimiento a los internamientos en centros residenciales, pues aquel está previsto para internamientos psiquiátricos, por razones terapéuticas y duración temporal, y no para enfermedades neurodegenerativas, las cuales se sabe que no tienen cura y que irá empeorando a lo largo del tiempo, para lo cual se necesita una atención integral de la persona y no mental.

7. Personalmente considero que es una cuestión bastante importante y reciente, a la cual el legislador le está dando poca importancia. La solución idónea consistiría en aprobar una legislación específica sobre la materia, regulando un procedimiento especial para los casos de internamiento en residencias, que tuviera en cuenta la realidad actual de la población envejecida y se adaptara a sus necesidades, puesto que la población mayor presenta cada vez más problemas como deterioro cognitivo, y hay que intentar protegerlos ante todo y por encima de todo.

Esta regulación específica debería tener el carácter de Ley Orgánica por exigencias de la CE. Debe tenerse presente que el artículo 763 LEC (al igual que su antecesor el art 211 CC), fue objeto de cuestión de inconstitucionalidad (**STC 131/2010 y 132/2010**) ya que su regulación afecta directamente al derecho fundamental a la libertad recogido en el artículo 17 CE y, conforme al artículo 81 CE, las leyes que afecten a derechos fundamentales deben tener el carácter de Ley Orgánica, y no por ley ordinaria como es la LEC.

Por último, debe hacerse referencia al problema del conflicto con la política asistencial y de servicios sociales. Está muy bien el respeto a la decisión del anciano de no querer estar en una residencia, pero me surgen una serie de cuestiones como: Qué hacemos, ¿lo dejamos vivir solo sin que nadie le cuide o ayude? ¿Hasta qué punto llega el respeto a la libertad personal y el conflicto con el deber de cuidado y seguridad de una persona?

En estos casos considero que la regla general que debe primar es la de respetar la voluntad de la persona en todo momento, puesto que mientras no haya una declaración de incapacidad por parte del juez, debe primar la voluntad de las personas.

Como excepción, cuando el anciano no asuma voluntariamente el ingreso en la residencia y tenga un grado de dependencia que, objetivamente, no le permita



realizar una vida de forma autónoma, será necesario adoptar las medidas precisas para garantizar su seguridad. En estos casos, previo informe de los técnicos adecuados (médico forense, asistentes psicosociales...), debería ser el Juez quien acordase el internamiento forzoso teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran y siempre en interés de la persona que deba ser internada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCIA, A.; AYALA GARCIA, A.; PUYOL RODRÍGUEZ, R. (2017). “Un perfil de las personas mayores en España, 2017. Indicadores estadísticos básicos”. Madrid, Informes Envejecimiento en red nº 15, 48 p. <<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/enred-indicadoresbasicos17.pdf>>
- ELIZARI URTASUN, L.- “Ingresos de personas mayores en centros residenciales”, en *InDret*, revista para el análisis del derecho, enero de 2018 (disponible en <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/332609/423388>; última consulta 19/4/2018)
- GERMÁN, M^aJ. - “El proceso de ingreso “no voluntario” en residencias de mayores”, en *AequAlitaS* 2016 (nº 38), pp. 35-42, ISSN: 1575-3379.
- DE VERDA Y BEAMONTE, JR. - “El internamiento involuntario de ancianos en centros geriátricos en el Derecho Español” en *Actualidad jurídica iberoamericana*, ISSN 2386-4567, Nº. 4, 2016, págs. 9-28.
- PALAU BENLLOCH, I.- “El ingreso de personas mayores en centros residenciales” ponencia en Jornadas de especialistas en la Protección y Garantías de los Derechos de las Personas con Discapacidad, (disponible en: https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Sra%20Palau%20Benlloch.pdf?idFile=cd57bf5c-b74a-45aa-9a4a-38f27393ce26 última consulta 25/4/2018)
- BARRIOS FLORES, L.: “La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales”, en *Derecho y Salud*, Vol. 22, núm. 1, Ene-Jun. 2012, pp. 31-56. ISSN 1133-7400. (disponible en: <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2666>, última consulta 29/4/2018)

- GARCÍA y GARCÍA-SOTUGA. F. “Libro IV: Título I (artículo 763)” en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Volumen II)*, CORDÓN, et al. (coord.), Volumen II, Aranzadi SA, Elcano, Navarra, 2001.
- PEREZ GALÁN, J.V.- “Aspectos jurídicos del protocolo de ingreso en una residencia privada de asistidos”. (disponible en: <http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/perez-aspectos-01.pdf> última consulta 21/05/2018)
- BARRIOS FLORES, L.- (2012), “El ingreso psiquiátrico involuntario de carácter urgente: una revisión, tras la STC 141/2012, de 2 de julio”, *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 2012, 32 (116), pp. 829-847, doi: 10.4321/S0211-57352012000400011.

ANEXO NORMATIVO

- Circular 2/2017 de la Fiscalía General del Estado, de 6 de julio de 2017, “Sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores.
- Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, artículo 17 (CE 1978).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2000, núm. 7, artículo 763 (LEC)
- Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, artículo 14 (CDPD) (disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> última consulta 24/4/2018)
- Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela. Boletín Oficial del Estado, núm. 256, de 26 de octubre de 1983, páginas

28932 a 28935, artículo 211 (CC). (disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1983-28123> última consulta
[11/4/2018](#))

ANEXO JURISPRUDENCIAL

- Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre, (BOE núm. 4, de 05 de enero de 2011), ECLI:ES:TC:2010:132
- Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012, «BOE» núm. 181, de 30 de julio de 2012, páginas 13 a 27 (15 págs.), BOE-A-2012-10254. (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-10254)